

# 中国金融改革： 产权基础设施与原罪的区别及处置

沈联涛 肖耿 王沅<sup>1</sup>

## 内容提要

本文针对中国经济金融改革目前面临的核心问题提出一个崭新的分析思考框架。作者认为，在一个走向市场经济的国家，金融业的坏账问题根源在于缺乏清晰稳固的产权基础设施。产权基础设施的基本功能是明晰、保护和执行产权，并使产权能够有效地交易和转让。在大部份成熟的市场经济中，有效的产权基础设施是必不可少的。在发展中国家或转轨经济中，产权基础设施的基本功能通常是由政府来承担的。但政府在承担这些功能的时候经常会产生低透明度和高交易成本的问题，包括与政府干预密切相关的腐败和欠缺法治等问题。从一个几乎完全国有的经济向混合型经济转变的过程中，都会出现原罪现象，即私营部门或政府官员在转轨过程中通过非法的或不合理的手段寻租和获取不属于自己的财产。而产权基础设施的一个重要的功能是不断、且有效地区别处置两类不同性质的原罪：即富有企业家精神之原罪与以盗窃寻租为目的之原罪。本文应用交易成本及相关法律与经济学研究的成果，详细论述了区别这两类原罪的理论基础、国际经验、及实际意义。本文还指出建立稳固的产权基础设施是中国下一步制度改革的攻坚战，也是中国私营经济能否健康快速成长的关键，而香港特区完善的产权基础设施为中国内地制度改革提供了不可多得的宝贵知识、人才、及操作层面的经验。

本文由以下三部份及附件组成：

- 一、中国金融改革的核心问题
- 二、腐败与原罪的新制度经济学分析
- 三、产权基础设施

附件一：用新制度经济学方法对腐败与原罪的分析

附件二：美国在处理原罪问题上的历史经验

---

<sup>1</sup>沈联涛、王沅任职香港证监会，肖耿任职香港大学经济金融学院。所有观点均属作者个人，不代表作者工作单位观点。感谢吴敬琏教授、香港证监会同仁、香港大学同事及北京与国际金融界朋友与本文作者的讨论。肖耿教授感谢香港研究基金拨款委员会对其研究的资助（项目名称：产权与中国的企业改革；项目编号：HKU7167/98H）。

## 一、中国金融改革的核心问题

本文试图在一个经济与法律相结合的框架下，应用新制度经济学的理论，探讨下一阶段中国经济金融改革将会面临的一些核心问题与挑战。

早在九十年代中，本文作者曾经合作研究指出，中国经济增长的主要风险与障碍是国有经济产权不清晰而导致的国有企业、国有银行、及中央财政这三驾马车的合并总体资产与负债失衡，其后果是利润及资产的私有化，亏损及负债的国有化、社会化。我们当初提出的改革策略是鼓励私营企业发展，并将国有资产分散重组，出让国家对企业的绝对控制权，让国家成为企业的非控股股东。我们的希望是重组之后的混合制企业资产升值，而其中的国有资产也就有可能同时升值<sup>2</sup>。过去十年，这类改革思路已经在中国普遍接受并实施。大量的国有企业通过出售、重组、上市而改造成民营、混合制、或上市企业。中国的私营企业也迅速成长，推动了整体经济的高速增长。中国也在新世纪的开端成功加入世界贸易组织，中国在金融业的改革也取得了显著的成绩，平稳地渡过了亚洲金融风暴。

毫无疑问，中国经济在过去十年快速增长的主要动力来自于市场化及鼓励私营企业发展的制度改革。但是，除此之外，中国经济的增长还得益于几个结构方面的因素：包括大量受过良好基础教育的青壮年劳动力、较高的国民储蓄率，以及不断完善的开放政策，包括对外国直接投资的欢迎与鼓励。

中国的实体经济从宏观层面看运作良好，但是从金融业及微观制度层面来看，仍然十分脆弱，并对可持续发展已经构成一定威胁。新的会计准则和信息披露制度的引进，已经暴露了企业与金融机构的种种弊端和低效率，集中表现在银行的不良资产比率。根据官方公布的数据，中国银行资产中有大约 20% 的不良资产，超过中国国民生产总值的 30%。但市场估计的不良资产率可能是官方数字的两倍。

中国金融业的坏账、公司治理的混乱，民营企业缺乏法律地位与生长空间，及经济犯罪与腐败的问题逐渐成为社会关注的焦点。另一方面，失业和贫困仍长期困扰着中国的中西部地区与人口，而中国快速增长的出口又面临着西方贸易保护主义的威胁，包括逼迫人民币升值的压力。种种迹象表明，中国经济的轻松快速增长阶段可能快要过去，未来经济增长将面临越来越艰巨的挑战。

我们的判断是，中国经济目前面临的挑战，远远超过日本、欧洲、美国、及其它亚洲地区经济体面临的经济增长周期及经济结构变化问题。因为中国下一个阶段的改革任务是制度的现代化及法制化。中国必须在维持经济高速增长，社会基本稳定的条件下，对直接影响十三亿人口的经济制度，做出脱胎换骨的实

---

<sup>2</sup> 参考沈联涛与肖耿合着“重新认识产权与经济转轨：中国的经验与机会”，该文发表于中国社会科学出版社 1997 年出版的肖耿论文集《产权与中国的经济改革》275-314 页。

质性改革。只有这样，才能有序地、逐渐地解决中国经济目前面临的各种问题与挑战，而让中国的企业与个人真正跻身于世界经济的竞技场。

1979 年至今 20 年的改革，中国经济已经成功地构筑了物质层面的基础设施，或称“硬环境”，像高速公路、电讯、水利、学校等公用设施。但是目前中国迫切需要建立市场制度层面的产权基础设施，或称“软环境”，以利于产权及财富的有秩序、有效率的创造与交换。我们认为建立产权基础设施是比市场化、鼓励私营企业发展政策更深层次的制度改革。建立产权基础设施的其中一个目的是将公共部门与私营部门的产权与责任及其各自的主要任务理清。这一判断，是基于作者长期从事银行及资本市场监管及中国经济体制改革研究的切身体会。

作者在央行、银行及资本市场运作和监管部门有过 20 多年的经验，见证过世界各地银行未能保护储户利益及资本市场不能保护投资者利益的许多案例。大量的案例表明，银行不良资产及资本市场的违规行为基本上是国家与私人以及私人与私人之间产权不清的表现，而产权不清的根源其实是产权基础设施不健全<sup>3</sup>。金融部门是实质经济体的衍生，金融的不良资产问题是实质经济体内部问题的表现。亚洲金融危机证实了金融系统的脆弱会放大实质经济体的问题，最终导致金融危机，摧毁实质经济。因此，治愈金融系统的不良资产必须要求企业和银行同步进行公司治理的实质性改革，而建立稳固的产权基础设施是培养良好公司治理的前提。

无论什么经济体制，金融系统过度的不良资产就是一种准财政负担，因为一旦不良资产通过资产管理公司，由国家融资，或国家担保偿还，不良资产最终会被国有化、社会化，成为政府及社会的负担。因此，所有的政府都十分担心银行的不良资产，也会想方设法去处理银行不良资产。可是，政府的努力往往并不成功。很多国家试用资本市场来巩固银行体系，但是新兴资本市场不但不能改善公司治理结构，还常常恶化亏损。东欧国家对企业与银行业实行重组及私有化，但是结果并不理想，私营企业、私营银行同样出坏帐，“最后的晚餐”不断重复。在没有健全的产权基础设施的俄罗斯，企业或国有资产则被“黑帮化”。

此外，加强银行业与资本市场的监管也只是解决不良资产的必要条件而非充分条件，因为监管必须依赖一系列的产权基础设施，如真实可靠的产权登记与买卖资料、可靠和及时的会计信息、合理的法律与规则、及有效的执法等等。

这些国际与历史经验说明，重组、私有化、加强监管只是解决不良资产的必要条件而非充分条件。只有建立一个类似发达经济所拥有的稳固的产权基础设施，经济金融制度才能现代化，政府才能避免接连不断地支付不良资产之类的“最后的晚餐”。

---

<sup>3</sup> 参考沈联涛编着 《银行重组：八十年代的经验教训》（英文），1996 年世界银行出版。

在证券监管部门工作期间，作者对公司治理方面的问题感触很深。在香港上市的内地公司，不管是国有还是非国有企业，其在市场化及与国际市场融合过程中出现的问题和行为有着根深蒂固的制度原因。我们的结论是不良资产、腐败、市场不正当行为的根源在于公共及私人产权的界定模糊不清、产权及合约的执行没有保障。

在国有银行和国有企业，因为产权不清、法律漏洞或执法不严，非常容易凭借其对国有资产的控制权来谋取私利。我们知道国有企业绝大部分贷款来自国有银行，因此，国有企业的亏损就会直接转嫁到国有银行，最终由国家承担。随着时间的推移，金融系统就成为一个“空仓”<sup>4</sup>，而社会上却出现笑廉不笑贪的现象。

在成熟的市场经济里，若法律规则界定不明或执法不严，个人也会窃取他人的财产，例如，通过对上市公司对股民的欺诈和操纵市场等行为获取暴利。如果国家对银行提供担保或间接融资，这种窃取行为最终也会成为银行的不良资产及政府的财政负担。

为了理解及处理市场经济里的不良资产问题，我们必须搞清楚为什么一些人能够成功窃取国家或其它人的财产而不受惩罚。必须强调的是，根治不良资产的任何方案都必须能够妥善处置一个国家在经济现代化初期普遍存在的所谓原罪问题，即官员或民营企业家在产权不清的情况下通过合法或非法手段取得不是自己创造的财富。原罪问题往往通过道德与政治的混乱成为经济与社会稳定发展的绊脚石。

在分析中国银行业的问题时，西方经济学家反复强调不良资产的规模以及冲销不良资产所需的资金及技巧，却忽略了建立相关的产权基础设施的重要性与迫切性，因为他们往往假设良好运作的法律、会计与监管体系已经存在了。实际上，在大多数发展中国家，产权基础设施并不存在，或极不完整。建立牢固的产权基础设施其实是发展中国家的首要任务与最艰巨的挑战。

中国在 2000 年才在宪法上允许并保护私有产权，说明中国现在已经承认需要由私营部门来主导国内经济增长，而这种认识与观念在西欧、美国在几百年前已经是天经地义的了。

中国经过过去 20 年的改革，国民生产总值中的一半已经是由私营企业创造。但这当中产权不清、违规侵占资产、腐败、逃税等原罪问题比比皆是。如果私有企业家的原罪问题得不到妥善解决，私营企业的发展前景就充满不确定性。中国目前面临的的欺诈、盗窃和腐败等现象意味着民营企业家过去的原罪问题亟待解决。而目前正发生的原罪行为则可能更为严重，如果不制止，必将成为中国在法治环境下创造财富及建立公平社会的极大障碍。

---

<sup>4</sup>日本的金融系统已出现“空仓”情况，在中国，如果只把银行的呆账转到资产管理公司，也只是治表不治本。

## 二、腐败与原罪的新制度经济学分析

所有改革都会遇到阻力。在原罪问题上也存在既得利益集团的障碍。许多人认为，有原罪的人一定要受到惩罚。如果十有八九的企业家都犯有原罪，你如何惩罚（法不责众）？也有些人认为原罪可以通过大赦的方法一次性解除。笼统地饶恕所有性质的原罪，在政治上可能行不通，因为于情理不符。因此，有必要首先剖析原罪的性质，然后区分不同性质的原罪，采取不同的处置模式。在这里我们对腐败与原罪给出一个基于新制度经济学中租值耗散理论及交易成本理论的分析<sup>5</sup>。

举例来说，如果有一万元钱在树上还没有属于任何个人，大家就会争先恐后去抢这一万元钱。为了达到目的，每个人都需要化时间、经历、甚至金钱去竞争，虽然成功的概率会随着竞争的人数下降。在竞争的情况下也会出现自相残杀的行为，最后，如果将所有人的花费相加，会接近或等于一万元。也就是说，如果没有清楚界定的产权，公众财产可能变得一钱不值。腐败有两个组成部分：腐败财富转移（即树上的一万元钱）与腐败的社会成本（即为了得到树上的钱而化的时间、精力、与资源）。

根据以上例子中租值耗散的道理，要使净国民收入最大化，腐败财富转移与腐败的社会成本，都必须最小。如果这两者得以最小化，将导致交易成本（即经商的隐形成本）下降，市场效率提高！

另外，如果没有国有资产，也没有通过管制来影响财富创造的机会，腐败财富转移就为零，腐败的社会成本也会趋于零。腐败涉及两方：国有及私营部门。由于官僚机构及其官员在其权力范围内具有一定的自决权，腐败因此存在。而且，法律或行政规则引起的市场扭曲越严重，腐败发生的机会就越大。

减少腐败的好处（即交易成本的下降）将分摊给整个社会，而不是某个私营企业，但反腐败却必定触犯某些个人或集团的利益。这意味着只有国家，代表整个社会的利益，可以通过建立更合理的市场规则和法律，及更有效的执法，及提高公共治理水平，来减少腐败财富转移及其社会成本。而有效的市场规则及执法则依赖于稳固的产权基础设施。

在一个国家中建立产权基础设施必然要依靠政府，因为政府机构，包括法院、警察、监管机构等等才是执法部门。换言之，要靠政府执法来降低整个市场的交易成本。如果政府的效率低下，而且既无效又无为，则会导致市场交易成本的上升。可见，要解决腐败及原罪问题非常需要政府自身的改革。

在中国，腐败犯罪被抓住的概率低，抓住后被判刑的概率低，判刑后在罪犯看来需要承担的个人成本（即官员今后的合法收入）也很低。换言之，目前在

---

<sup>5</sup> 本节讨论所用到的有关新制度经济学的理论请参考瑞典经济学家 Lars Werin 2003 年英文新着《Economic Incentives and Legal System: An Introductory Survey》，作者将经济与法律方面的研究相结合，系统地总结、介绍了新制度经济学领域的主要理论及相关文献。

国腐败犯罪和违规行为的成本很低。而相对腐败犯罪的成本，腐败犯罪的收益是巨大的。这正解释了中国官员的“五十九岁现象”即在退休前大捞一笔，而这种现象又呈现年轻化的趋势。

为了减少腐败，中国必须通过改革使犯罪总成本上升，使犯罪收益下降。这就要求加强执法，提高监管及执法官员的合法收入，及减少透过腐败获利的机会。但这些改革不得不触及到如何处置历史上形成的、广泛存在的原罪问题。

在新兴市场国家，许多私营企业都利用社会的产权环境不清晰而某取暴利。可是，如果超过一大半的企业家已经违法，该如何执法？如果现行的法律不能公平地得到执行，如何要求大家今后遵守法律？如何培育一种尊重法律与产权的文化？可见，不解决原罪问题，就很难建立一个有国际竞争力的、有良好公司治理的民族工业及金融服务业。

我们需要运用以上的概念去解释并区分不同性质的原罪，及相应的处置方式。不少中国民营企业积累的新财富中，有一部分是通过“不正当”手段将国有资产变为个人或私营企业所得，这就是原罪问题。这些手段包括：通过行贿或各种私有化手段窃取国有资产，逃税走私，来自赌博、吸毒、色情等非法活动的收益，上市及交易过程中的欺诈与市场操纵，等等。

原罪可以定义为利用法律的空子盗用国有资产获得财富的行为。但是从社会利益的角度，我们可以根据新制度经济学中的产权及交易成本理论来划分两类不同性质的原罪：一种是富有企业家精神的原罪而另一种纯粹是属于偷窃或寻租性质的原罪（详细的理论见附件一）。在附件二，我们指出，西方社会在工业革命时期也存在同样的问题，但他们通过改革法律和建立实事求是的政治程序来处置原罪，使市场经济得以腾飞。

**富有企业家精神的原罪：**由于社会上模糊不清的产权而导致的极高的交易费用阻止了企业家合法地从市场上购买相关的国有资产产权。他们因而采取不正规或非法手段获得国有资产。但是，当他们接管经营效率极糟糕的国有资产之后，通过较好的私营方式治理，创造了更多的净财富。如果这些企业家在偿付了国家及私营部门所承担的腐败财富转移成本及腐败的社会成本之后，仍然有净财富的创造，这种原罪就是富有企业家精神的原罪，应该通过适当的赔偿而豁免。如果对这类性质的原罪进行严厉的惩罚，包括没收上缴其累计的财富，将会打击企业家创造财富的积极性，对国家、社会及企业家个人都不利，也不利于经济增长和就业。富有企业家精神的原罪其实应该属于人民内部矛盾，是可以通过适当的机制调和处置。在西方法律体系中，这类问题往往属于民法中的债务纠纷，其处理的原则一般是通过合理的赔偿，鼓励用成本最小的方法来创造最多的财富（liability rule）。

**偷窃或寻租性质的原罪：**若原罪涉及到纯粹偷窃国有资产或其它寻租性质的行为，而没有创造财富，而且交易费用并不高，其利用产权界定不清、法规执行不严来犯罪的动机很清楚，这类原罪就不能原谅，应该严惩。如果不严惩这类偷窃与寻租性质的原罪，社会的总财富将会减少，对国家社会不利，对经济增

长及就业也不利。这类原罪与敌我矛盾相似，应该通过严肃处理来达到稳定经济与社会秩序的目的。在西方法律体系中，这类问题往往属于刑法中的侵权行为，其处理的原则一般是通过严厉的刑事处罚及相应的赔偿，来阻止类似的侵权行为（property rule）。

回顾中国经济过去 20 年的发展，中国经济的快速增长主要得益于国家放开私营企业及市场经济。很明显，总体来看，私营企业创造的净财富比腐败的社会成本可能高许多，也就是说，富有企业家精神的原罪比偷窃与寻租性质的原罪应该要多很多。但如果只看腐败的社会成本，其增长的势头则十分令人担忧。

区别以上两类原罪的关键在于交易成本的高低。而由诺贝尔奖得主科斯(R.H. Coase)发明的交易成本理论只有不到五十年的历史。交易成本理论的应用与普及更不到二十年的历史。但是，我们认为，新制度经济学里面有关产权与交易成本的理论开创了制度研究的科学方法，使得我们现在可以科学地分析诸如原罪这样的问题。这一科学研究方面的突破，大大加快了发展中国家结合国情学习、引进先进制度的效果与速度。

按照新制度经济学的理论，减少腐败就可以降低交易费用，促进市场繁荣，整个经济改善，财富增加。交易费用是金融市场发展的主要障碍，因为经济环境千变万化，较高的交易成本会阻碍互惠互利交易的进行。由于订立万无一失的完整合约的成本过于高昂，在前景不确定条件下，信任及信用成为保证有效率的合约交易的关键。有声誉的金融服务提供者，愿意承担剩余风险，能够吸引更多的客户，这些客户也愿意为确定性及稳定可靠的回报支付溢价，即有声誉的企业可以享受正面的网络及规模效益。

由于中国还没有完善的产权基础设施来区别处理这两类不同性质的原罪，中国经济经历了无数“一抓就死、一放就乱”的政治经济周期。反腐败运动往往是一刀切，也就是同时打击两类不同性质的原罪，而导致财富创造的下降快过腐败社会成本的下降，经济迅速滑波，反腐败也就不得被迫中止。一旦反腐败运动过去，腐败的社会成本就重新上升，可是私营企业创造的财富也可能迅速上升。只要私营企业创造财富的速度高于腐败的社会成本上升的速度，经济就持续增长，问题是腐败造成道德及经济秩序的混乱，直接影响到政治、经济、社会的稳定。

除了缺乏有效区别及处置不同性质原罪的制度化机制，原罪的发生还受到其它与产权基础设施相关的因素的影响，包括：存在官商勾结的机会、缺乏明确的法律与规制、执法不严、陈旧的法规已不能够适应新的形势，以至于每个人都在触犯法律。

### 三、产权基础设施

本文上一节提出了区别及处理不同性质的原罪的经济学原理及分析。但是，如何在实际工作中运用这些原理去解决原罪的问题则需要依赖相关的产权基础设施。什么是产权基础设施？它的主要功能是什么？如何建立稳固的产权基础设

施？这些问题极其重要但也非常复杂，特别是需要将经济与法律，甚至包括政治与社会，等各个因素相结合来分析。这里我们只能作一个概述。

高速公路方便人与物的流动，而产权基础设施则方便财富的流动及产权的创造与交换，它是制度的高速公路。在金融领域重复发生的一些事故，如坏账、腐败、商业欺诈、公司治理状况恶化、操控市场等等，其根源都在产权基础设施的不健全，即残缺的制度高速公路。

当制度的高速公路上出现事故时，中国现有体制的第一反应是救人、救车、控制损害程度，然后是追究各方面责任，看看司机（个人）、车辆（机构）、交通规则（政策及监管条例）、警察（监管机构）等等有无问题。可是有两个最根本的因素经常被忽略：公路的质素（产权基础设施）与路灯的亮度（透明度）。

历史学家黄仁宇将中国现代化及建立市场经济的过程形象地总结为一个“立”字的三个部分：顶部的上层架构，底部的基层结构，以及与上下层相联系的法制与财政金融制度。他认为经过接近一个世纪的奋斗，中国已经成功地构造了上层架构与基层结构，但是还必须建立一个法制与金融的中层管道：

“一个国家希望资金广泛的流通，经理人员与所有权分离，技术上的支持因素如交通通讯全般活用，务必先在法制上创造一个可以在数目上管理的局面。中国过去以文士管制亿万农民用刑法作张本，于今引用商业习惯，以律师、会计、工程师作前导，注重民法。这是两种完全不同的体系。二十世纪的革命，即显示着整个社会重新构造过程中的艰辛。<sup>6</sup>”

产权基础设施正是黄仁宇先生所指的中间管道。一方面，产权基础设施是一个公共产品，必须有国家机器这个上层架构的支持；另一方面，产权基础设施又必须为基层老百姓及企业服务；它还必须相对独立于上下层结构，以保持其中立、稳定、连续、客观、有效率、可操作等性质。更重要的是，产权基础设施的运作原则，需要考虑成本、效益及社会财富的创造，也就是黄仁宇先生再三强调的“可以在数目字上管理”。黄仁宇没有分析中国走向市场经济过程中的原罪的问题，也没有用新制度经济学里的交易成本理论，但他却强调了历史上重刑法而轻民法，以致直到最近才开始发展律师、会计等行业来界定、保护产权及解决合同纠纷。这与我们的分析方向完全一致。许多黄仁宇著作的读者都提出一个问题：“可以在数目字上管理”的意思究竟是什么？从我们的分析框架看，“可以在数目字上管理”就是具备有效、稳固的产权基础设施。

产权基础设施究竟是什么？简单地说，产权基础设施包括：产权的界定与正式注册设施，保障合约及公司运作的法律设施（民法与刑法），市场监管体系，政府及政治制度的制衡等等。与资本市场相关的产权基础设施包括以下一些内容：

- 系统的产权登记中心 [如：土地登记、股票登记]

---

<sup>6</sup> 黄仁宇，《放宽历史的视野》，第3页。

- 可靠的交易平台 [股票交易所，清算、结算和支付系统]
- 受监管的中介机构 [券商、基金、会计、法律和金融中介机构]
- 有足够资讯及知识的市场参与者 [个人、公司、机构]
- 公平合理的交易规则 [准则、标准、规范、规章和法律]
- 独立和透明的司法及监管机构 [法院、证监会、银监会]
- 有效的执法能力及环境 [警察、廉政公署]

另外，信息披露也是产权基础设施的一部分。市场需要正确、及时、易于得到的信息以作出正确的决策和评估风险。信息的质量取决于会计标准，信息披露的透明度，审计的可靠性以及公司治理的水平。良好的信息披露制度能够提高责任感和防范公司经理的不称职或不当行为以及官员的腐败或不称职。

稳固的产权基础设施以透明度与问责制为根本，并包括以下四个层次的内容：

1. 产权的界定：大部分有价值资源的产权需要通过法律手段清楚地界定、记录、备案。产权的依法正式确认会花费一些费用，比如，注册费和税，但却减少了执法费用和交易费用，是提高市场运作效率的一个重要机制。这一点虽然是不言而喻，但往往只有在产权没有依法正式确认的情况下才发现这一机制的重要性。这可以在还未进入现代化的发展中国家看到。如果我们没有依法正式确认土地、专利权、著作权、商标及公司股票的产权，我们的经济将如何运行？产权的依法正式确认奠定了各种金融衍生产品及各类派生产权的发展基础，而产权的实际内容一般来说还需要通过其它法规及当事人之间的合同来具体界定。
2. 产权的保护与执行：已经界定的产权也需要通过独立的司法体系及监管机构有效地、公正地、以可预期的方式进一步微调、确认及落实。
3. 尊重法律、产权和合同的信用文化：如果尊重法律、产权和合同就能得到回报（而反之就会受到惩罚），人们就会逐渐培养一种信用文化。因此，信用文化的基石就是产权的界定、保护、与落实。
4. 持续改革的平台：政治和立法体系需要逐渐发展使其具备能力，一方面能驾驭产权基础设施的逐步建立及持续更新，另一方面又不损害已经接受考验并运行良好，但可能还是很不完善的现有产权基础设施。建立产权基础设施是一个漫长的渐进演化过程，不是简单的、推翻旧制度的革命，因为现实生活中的产权关系已经存在，只是没有清楚地通过正式的法律形式确认及执行。因此，重要的是有一个持续改革的平台，而不是一些理想的政治、法律、社会宣言及条文。

产权基础设施提供各种约束机制，包括自我约束、监管约束、以及与其相互补充的市场约束。这些约束同时具有经济及法律的含义。经济和法律就象 DNA 中的双螺旋，彼此不可分割。但在很长的一段时期，经济学家不理解法学家，法学家也不明白经济学家。很显然，法律的责任是去界定、保护产权，但是法学家很少考虑执法过程中的经济成本与收益，他们往往追求如何最完美地解释

法律。另一方面，经济学家则假定法律框架已经存在，只是考虑经济利益，而认为现有的法律体系不需太多交易成本就可以按经济学家的假设运作。

幸亏这种情况正在改变，对经济与法律系统作全面分析的工作已经取得重大进展。比如，瑞典经济学家 Lars Werin 就继承美国大法官及制度经济学家 Richard Posner 的思路，对西方发达经济中的法律体系作出系统的经济学分析。其中一个创新的想法是将西方发达经济中的法律归为两类<sup>7</sup>：

第一类是以政治为基础的的法规，通常通过立法体系自上而下制定，基本上与成文法相联系，注重公平、收入分配、社会效益等政治、社会目标。

这类法律与欧洲大陆法系的形式及法律哲学体系相近，即将国家、执政党、官僚机构及公众利益置于市民个人利益之上。立法机构通过法律条款明确国家和公民个人的权利，在有纠纷或法律模糊的领域，通过国家官僚机构或修订法律条款来解决争议，而不是通过独立的法官判例裁定。

这种自上而下的法律体系的天生的弱点是法律的设计者不能够“预见”市场的变化、特殊情形和社会变革，因而不能及时调整以适应市场的新发展。因此，每当社会发生大的变革，法律条规往往就落后于现实，有时不得不通过激烈的政治运动甚至政体变革来改变法律。

这类法律也与中央集权计划经济国家的法律非常相近，官僚机构的经济决策往往以国家或公共利益为出发点，而忽视个人基本产权。法律主要围绕行政管理事务。财产权利纠纷往往也由作为国家行政机器一部分的法定的机构来解决。

第二类是以法官判例为基础的判例法，即基于普通法体系自下而上的机制，它在西方社会里提供个人的基本产权保障，主要注重经济效益及财富创造。独立法官以及与其相配的陪审团制度和行政官员的区别在于前者的中立性，法官的判决威力由此而来。在判决民间与政府产权之间，公众一定认为行政官员是偏袒政府的。

这第二类法律与产权基础设施紧密相关，也是目前中国及其它发展中国家最为欠缺的。

基于判例的普通法体系的优点在于它真正是注重实效的、凭借经验的体系，好比你要过河时，感觉法律好象是一块石头急你所需。市场和社会体系每天都要产生非常特殊和非常复杂的情况或案例，通过不同层次的法庭去测试。相关的成文法也需要客观的解释，而且每当新的情况或知识更新出现，法官得以一些法律或社会原则来决定如何界定产权及相关的利益及损失。法官的每一次审判决定不断地积累就构成了一个经验库，为社会解决冲突以及做出具有社会合法性的判决提供了一个既稳定又不僵化的参考体系。这实际也就是摸着石头过河的法律体系，避免了公众对行政决定的怨气。

---

<sup>7</sup>参考 Lars Werin 所著《Economic Incentives and Legal System: An Introductory Survey》。Lars Werin 在书中对这两类法规的不同作用作了详细的论述。

普通法在持久稳定及实用性上的一个重要的原因是它的透明性和合理性。每位法官都知道他需要清楚了解当前的法律法规以及他的前任在判决类似案件的先例。反对的一方既要提供证据也要提供法律原则供法官做出判决。如果法官做出了错误的判决，被告方也可以上诉到更高一级法庭。为防止法官的判决受行政干扰，普通法一般都强调司法独立于行政。

最近几年中国的司法制度在判例法的实践中取得了很大的进展。但是还应该投入更多的资源，建立稳固灵活的法律体系，以适应市场经济快速发展中出现的急需解决的产权纠纷问题。

中国“人大”在采纳新法律方面取得了很大的进步。照搬法律条文是容易的，但要搞清楚问题症结所在却不易。过去的二十年，中国已从先进的经济体系引进了大量被历史证明良好的法律，如合同法，公司法，证券法及银行法。可是，由于缺少稳健的产权基础设施，有效公平地执法很困难。首先是法官队伍尚未专业化，法官中仍有不少是退伍军人或转业的党政干部，而且案例的判决还受到当地现任党政官员的直接或间接干涉。

中国的现有官僚体系在维持基本的社会与经济秩序上是有效的，并主要通过行政工具来直接界定和执行产权。中国政府在反腐败及打击经济犯罪方面也是非常积极有力的，但主要是通过政治运动以及行政工具来执行，无法像普通法法官建立的先例那样对社会中个人的行为形成约束。罪犯的心理是期待政治运动过去以及负责官员调动后再重新开始寻租游戏。要使中国的市场经济更有效地运作，一个独立的司法与监管架构（产权基础设施的关键内容）至关重要。

历史上，中国的地方官僚系统从未平等地对待商人。孔夫子的社会等级观将商人放在四级中的最低一级，在士、农、工之后。由于中国官僚体系中的行政长官不仅是税赋征收机器，也担当法官的角色，很难避免利益冲突，无法对经济层面的纠纷给与客观、中立、公平的判决，往往会偏向于国家及少数富有阶层。中国传统的司法判定更多依靠道德原则，而较少依靠系统的法官判例及社会效益成本的衡量。

产权关系不是资产本身，而是资产涉及方之间达成的一种共识：资产如何被持有、怎样使用和如何交换。产权的意义在于提供稳定合理的规则，以便于财富及资本的创造。产权基础设施的主要功能是界定产权及保护落实产权，这都属于监管的范畴。一般地，人们都假定监管会带来整体效益，可以保护公众利益，并弥补市场失灵，如解决犯罪和污染等问题。但 George Stigler 作为监管理论的先锋提出了“既得利益主导监管”的理论 (regulatory capture)。他认为：监管规则是由那些能够从中得到益处的人提出需求，并由政府和制定规则制度的机构供给，这些机构通过他们的技能和善良的施舍愿望产生影响，并试图不断保护他们的地位，扩大他们的影响范围。

我们认为，监管的艺术就是同时减少市场和政府（包括监管机构）的失灵和成本。换言之，按科斯理论，政府的作用是通过有效的监管减少总的社会交易成本（包括市场交易成本和监管成本）。

官僚机构容易犯“管制过度”和“执法不足”的毛病，对经济及社会都会产生不利的后果。官僚都喜欢拥有管制的权力，因为拥有管制权力意味着有腐败的机会，能够受益（受贿、滥用权力、或两者皆有）。尽管法规的执行对社会公众重要，但是，执法者（没有权决定政策及豁免违规的人）往往不愿意执行法规，因为它们的工作不受人欢迎也得不到好处。例如，有裁决权的法官因收受原告的贿赂，对被告处以极高的罚款。显然，法官希望拥有的权力越大越好，因为这样可以给她带来更大的收益。另一方面，执行罚款的人却没有积极性去向被告追讨罚款。当然，这里不排除执行罚款的官员收受被告的贿赂而让被告跑掉，使得判决书成为废纸一张。

根据香港及新加坡的经验，处理腐败和原罪问题不仅需要类似英国普通法一类的法官判例司法体系，还需要建立一个类似香港廉政公署的一个监测调查机构。而且需要支付法官及政府官员与他们的责任相对应的较高的薪金。对历史上的“原罪”，在适当的时候（产权基础设施大致建立后），也需要进行一次性赦免，就象香港在廉政公署成立时所做的一样。这些，都需要政治决心与相对独立的司法体系。廉政的过程实际上是一个提高透明度的过程。尤其是在对商业交易的监督上，自由媒体会对交易的透明度起很大的促进作用。

有些与产权基础设施相关的制度建设，应该立即展开。如检讨会计业的发展，强化审计纪律和提高信息披露的质量。重新检讨律师业和司法部门的发展，例如考虑建立金融案件的专门法庭来处理金融部门产权问题的争端（类似香港的不正当市场行为法庭，用于解决市场操纵、内部交易等问题）。研究设立国家信用查询系统的可行性，该机构能够为银行和其它贷款机构提供借款人的信誉状况。研究设立全国各类财产所有权注册中心的可行性，这类财产注册中心能够提供一个统一的中央注册系统，以便核查担保抵押物品的质量及产权归属。建立公司治理状况的信誉评估机构，也就是让市场对上市公司的治理水平进行评估。对专业资产评估公司实行注册，以提高市场资产评估的技术与质量。

中国的经济增长已经达到一个关键的阶段，目前宏观经济的良好条件非常有利于下一阶段的攻坚战：构筑稳固的产权基础设施，以便市场力量发挥更有效的作用。

只有建立产权的基础设施，才能够有效地解决原罪问题。因为只有在有法可依，有规可循的前提下，才可能处理那些已经成为既成事实的产权问题，其中包括灰色领域中的产权。否则，新的制度没有建立，而对以前积累的财富也无明确结论，这会大大地阻碍中国生产力的发展，使社会公众感到不平，财富的拥有者也感到不安全。由此会引起更深一层次的社会问题：积累的财富不能用于有效投资、资本外逃、群众不满等。

产权基础设施的建立需要借鉴国际智慧与人才。尽管许多新兴市场，包括东京和法兰克福，都力图建成国际金融中心，但是只有香港和新加坡成功了。这并不是巧合，关键在于两者都有英国普通法遗留下来的产权基础设施。南韩在世界杯的成功表明：南韩并不是没有足球天才，但是他们却缺乏有经验的国际水准的训练管理能力。荷兰教练凭此优势成功地帮助南韩球队发挥潜力，并取得辉煌的成就。即使是新加坡都意识到必须依靠外国的管理人才，才能将新加坡发展银行 DBS 提升到有国际竞争力的水平。日本的 Nissan 曾经靠一位西班牙经理走出困境。大陆的金融体系已经规模庞大，构建产权基础设施需要时间也同样需要政治上的决心，在构建中国的产权基础设施过程中香港可以起到借鉴及样板作用。这些都是洋软件为中用的例子。

最后，总结我们的研究与分析，我们认为中国下一步改革的关键是建立一个稳固的产权基础设施。产权基础设施的主要功能是有效率地及公平地界定、保护、及落实产权，包括建立一套合理、透明、实事求是、及制度化的程序来区别、处置两类不同性质的原罪：即富有企业家精神的原罪与纯粹以偷窃寻租为目的的原罪。我们强调这两类原罪在性质上完全不同，前一种是由于制度不完善而不得不违规进行创造财富的活动，而后一种则是明知故犯及混水摸鱼不但不创造财富，还对政治、社会、及经济问题造成负面影响。我们认为中国在建立产权基础设施的过程中，可以借鉴国际上行之有效的各种反腐败的“阳光政策”，让以上两类不同性质的原罪行为接受公众的审视。我们相信群众的眼睛是雪亮的，有了足够的资讯，公众及有关的司法部门是可以公平、有效地区分及处置两类不同性质的原罪的。

如何建立现代化、制度化的产权基础设施是一个重要但又非常复杂的课题，还需要做进一步的深入研究。我们希望本文的讨论能够起到抛砖引玉的效果。

## 附件一：用新制度经济学方法对腐败与原罪的分析

所有改革都会遇到阻力。在原罪问题上也存在既得利益集团的障碍。许多人认为，有原罪的人一定要受到惩罚。如果十有八九的企业家都犯有原罪，你如何惩罚（法不责众）？也有些人认为原罪可以通过大赦的方法一次性解除。笼统地饶恕所有性质的原罪，在政治上可能行不通，因为于情理不符。因此，有必要首先剖析原罪的性质，然后区分不同性质的原罪，采取不同的处置模式。在这里我们对腐败与原罪给出一个基于新制度经济学的分析<sup>8</sup>。

我们先来看看一个简化了的国民收入账户，将国民收入分成净国家部门收入和净私营部门收入。也将腐败分成两个组成部分：腐败财富转移 ( $\alpha$ ) 与腐败的社会成本 ( $\beta$ )。

净国有部门收入 = 税收及国有股权收入 - 预算支出 - 腐败财富转移 ( $\alpha$ )；

净私营部门收入 = 私营企业创造的价值 ( $\epsilon$ ) + 腐败财富转移 ( $\alpha$ ) - 腐败的社会成本 ( $\beta$ )；

净国民收入 = 净国有部门收入 + 净私营部门收入 = 税收及国有股权收入 - 预算支出 + 私营企业创造的价值 ( $\epsilon$ ) - 腐败的社会成本 ( $\beta$ )；

其中：

腐败财富转移 ( $\alpha$ ) = 从国有部门到私营部门的财富转移。这种财富的转移是对国有或公共财产的窃取，其中包括准财政成本，比如，由于国有与民营企业的亏损而导致的银行不良资产、补足欠缺的养老金的成本等等。这种转移是不公平的，并极大地抑制了合法创造财富的活动。但是，这种转移并没有销毁财富及购买力，对宏观及微观经济的影响小于对政治及社会稳定的影响。

腐败的社会成本 ( $\beta$ ) = 这是私营部门为了从公共部门或公众窃取财富而进行欺诈、市场操纵等活动而不得不花在官员、官僚机构及相关人士身上的金钱、时间以及其他资源（不包括官员收受的贿赂，贿赂应属于腐败财富转移）。这是社会的交易成本负担，将增加私营企业业务的边际成本，直接消耗财富，减少创造财富的活动。

私营企业创造的价值 ( $\epsilon$ ) = 合法业务的收入 - 成本；

---

<sup>8</sup> 本节讨论所用到的有关新制度经济学的理论请参考瑞典经济学家 Lars Werin 2003 年英文新着《Economic Incentives and Legal System: An Introductory Survey》，作者将经济与法律方面的研究相结合，系统地总结、介绍了新制度经济学领域的主要理论及相关文献。

由于腐败财富转移 ( $\alpha$ ) 是吸引腐败活动并导致腐败的社会成本 ( $\beta$ ) 的诱饵，如果没有有效的反腐败措施，腐败的社会成本 ( $\beta$ ) 将由于为得到腐败财富转移 ( $\alpha$ ) 而产生的腐败活动之间的竞争不断上升，直到接近或等于腐败财富转移：

**腐败的社会成本 ( $\beta$ )  $\rightarrow$  = 腐败财富转移 ( $\alpha$ )；**

以上均衡方程是新制度经济学租值耗散理论的应用。举例来说，如果有一万元钱在树上还没有属于任何个人，大家就会争先恐后去抢这一万元钱。为了达到目的，每个人都需要化时间、经历、甚至金钱去竞争，虽然成功的概率会随着竞争的人数下降。最后，如果将所有人的花费相加，会接近或等于一万元。也就是说，如果没有清楚界定的产权，公众财产可能变得一钱不值。

因此，要使净国民收入最大化，腐败财富转移 ( $\alpha$ ) 与腐败的社会成本 ( $\beta$ )，都必须最小！如果  $\alpha$  和  $\beta$  最小化，交易成本下降，市场效率提高！

另外，如果没有国有资产，也没有通过管制来影响财富创造的机会，腐败财富转移 ( $\alpha$ ) 为零，腐败的社会成本 ( $\beta$ ) 也会趋于零。腐败涉及两方：国有及私营部门。由于官僚机构及其官员在其权力范围内具有一定的自决权，腐败因此存在。而且，法律或行政规则引起的市场扭曲越严重，腐败发生的机会就越大。

减少腐败的好处（即交易成本的下降）将分摊给整个社会，而不是某个私营企业，但反腐败却必定触犯某些个人或集团的利益。这意味着只有国家，代表整个社会的利益，可以通过建立更合理的市场规则和法律，及更有效的执法，及提高公共治理水平，来减少  $\alpha$  和  $\beta$ 。而有效的市场规则及执法则依赖于稳固的产权基础设施。

给定腐败财富转移的机会，腐败发生的频率与规模可以用诺贝尔奖得主 Gary Becker 的犯罪经济理论解释。从事腐败活动的个人会比较腐败的个人收益 B 与个人成本 C:

$$C = Pa * Pc * Cp;$$

其中，

**Pa = 被抓住的概率；**

**Pc = 抓住后被判刑的概率；**

**Cp = 判刑后在罪犯看来需要承担的个人成本；**

如果  $B > C$ ，则腐败就可能发生，B 与 C 的差距越大，腐败发生的概率与规模就越大。

如果腐败官员或私有企业主认为他不会被抓 ( $Pa \rightarrow 0$ )，被抓后也不会被判刑 ( $Pc \rightarrow 0$ )，因为他能够对官僚及监管当局施加影响，放他一马，腐败出现的频率就很高，最终造成社会的巨大损失。

$C_p$  的大小与官员的合法收入有关。一旦因腐败被抓住判刑，今后的一切合法收入就没有了，过去的收入也可能被没收。中国官员的合法收入普遍较低，因此，由于腐败而丢官的成本 ( $C_p$ ) 相对于做一次腐败行为就可以得到的巨大收益 ( $B$ ) 也就很低，许多接近退休年龄的官员会觉得很值得透过腐败行为在退休前捞一笔。

在中国，由于  $P_a$ 、 $P_c$ 、及  $C_p$  目前都很小， $C$  也就很小，而  $B$  与  $C$  的差距则很大，这是腐败发生的概率与规模很大的原因。

为了减少腐败，中国必须通过改革使  $P_a$ 、 $P_c$ 、及  $C_p$  都上升，使  $B$  下降。这就要求加强执法 (提高  $P_a$  和  $P_c$ )，提高监管及执法官员的合法收入 (提高  $C_p$ )，及减少透过腐败获利的机会 (降低  $B$ )。但这些改革不得不触及到如何处置历史上形成的、广泛存在的原罪问题。

在新兴市场国家，许多私营企业都利用社会的产权环境不清晰而某取暴利。可是，如果超过一大半的企业家已经违法，该如何执法？如果现行的法律不能公平地得到执行，如何要求大家今后遵守法律？如何培育一种尊重法律与产权的文化？可见，不解决原罪问题，就很难建立一个有国际竞争力的、有良好公司治理的民族工业及金融服务业。

我们需要运用以上的概念去解释、区分、不同性质的原罪及相应的处置方式。不少中国民营企业积累的新财富 ( $\Sigma\varepsilon + \Sigma\alpha$ ) 中，有一部分 ( $\Sigma\alpha$ ) 是通过“不正当”手段将国有资产变为个人或私营企业所得，这就是原罪问题。这些手段包括：通过行贿或各种私有化手段窃取国有资产，逃税走私，来自赌博、吸毒、色情等非法活动的收益，上市及交易过程中的欺诈与市场操纵，等等。

原罪被定义为利用法律的空子盗用国有资产获得财富的行为。但是从社会福利的角度，我们可以根据新制度经济学中的产权及交易成本理论来划分两类不同性质的原罪：一种是富有企业家精神的原罪而另一种纯粹是属于偷窃或寻租性质的原罪。在后面我们将看到，西方社会在工业革命时期也存在同样的问题，但他们通过改革法律和建立实事求是的政治程序来处置原罪，使市场经济得以腾飞。

**富有企业家精神的原罪：**由于社会上模糊不清的产权而导致的极高的交易费用阻止了企业家合法地从市场上购买相关的国有资产产权。他们因而采取不正规或非法手段获得国有资产。但是，当他们接管经营效率极糟糕的国有资产 ( $\Sigma\alpha$ ) 之后，通过较好的私营方式治理，创造了更多的净财富 ( $\Sigma\varepsilon$ )。如果这些企业家在赔偿了国家及私营部门所承担的腐败财富转移成本 ( $\Sigma\alpha$ ) 及腐败成本 ( $\Sigma\beta$ ) 之后，仍然有净财富的创造，这种原罪就是富有企业家精神的原罪，应该通过适当的赔偿而豁免，其净财富创造满足以下条件：

$$\text{净财富创造} = (\Sigma\varepsilon + \Sigma\alpha) - \Sigma\alpha - \Sigma\beta = \Sigma\varepsilon - \Sigma\beta > 0;$$

如果对这类性质的原罪进行严厉的惩罚，包括没收上缴其累计的财富  $(\Sigma\varepsilon + \Sigma\alpha)$ ，将会打击企业家创造财富的积极性，对国家、社会及企业家个人都不利，也不利于经济增长和就业。富有企业家精神的原罪其实应该属于人民内部矛盾，是可以通过适当的机制调和处置。在西方法律体系中，这类问题往往属于民法中的债务纠纷，其处理的原则一般是通过合理的赔偿，鼓励用成本最小的方法来创造最多的财富。

**偷窃或寻租性质的原罪：**若原罪涉及到纯粹偷窃国有资产或其它寻租性质的行为，而没有创造财富，而且交易费用并不高，其利用产权界定不清、法规执行不严来犯罪的动机很清楚，这类原罪就不能原谅，应该严惩，其净财富创造满足以下条件：

$$\text{净财富创造} = (\Sigma\varepsilon + \Sigma\alpha) - \Sigma\alpha - \Sigma\beta = \Sigma\varepsilon - \Sigma\beta < 0;$$

如果不严惩这类偷窃与寻租性质的原罪，社会的总财富将会减少，对国家社会不利，对经济增长及就业也不利。这类原罪与敌我矛盾相似，应该通过严肃处理来达到稳定经济与社会秩序的目的。在西方法律体系中，这类问题往往属于刑法中的侵权行为，其处理的原则一般是通过严厉的刑事处罚及相应的赔偿，来阻止类似的侵权行为。

回顾中国经济过去 20 年的发展，中国经济的快速增长主要得益于国家放开私营及市场经济。很明显，总体来看，私营企业创造的净财富  $\Sigma\varepsilon$  比腐败的社会成本  $\Sigma\beta$  可能高许多，也就是说，富有企业家精神的原罪比偷窃与寻租性质的原罪应该要多很多。但如果只看腐败的社会成本，其增长的势头则十分令人担忧。

区别以上两类原罪的关键在于交易成本的高低。而由诺贝尔奖得主科斯(R.H. Coase) 发明的交易成本理论只有不到五十年的历史。交易成本理论的应用与普及更不到二十年的历史。但是，我们认为，新制度经济学里面有关产权与交易成本的理论开创了制度研究的科学方法，使得我们现在可以科学地分析诸如原罪这样的问题。这一科学研究方面的突破，大大加快了发展中国家结合国情学习、引进先进制度的效果与速度。

按照新制度经济学的理论，减少腐败就可以降低交易费用，促进市场繁荣，整个经济改善，财富增加。交易费用是金融市场发展的主要障碍，因为经济环境千变万化，较高的交易成本会阻碍互惠互利交易的进行。由于订立万无一失的完整合约的成本过于高昂，在前景不确定条件下，信任成为保证有效率的合约交易的关键。有声誉的金融服务提供者，愿意承担剩余风险，能够吸引更多的客户，这些客户也愿意为确定性及稳定可靠的回报支付溢价，即有声誉企业可以享受正面的网络及规模效益。

## 附件二：美国在处理原罪问题上的历史经验

原罪在各个市场中都存在。不同的市场通过不同的法律与政治体系解决原罪问题。带有原罪的企业家都希望他们的财富可以合法化，以便长久、安心地保存他们的财富。

正如 de Soto 指出<sup>9</sup>，美国 19 世纪就遇到过这种问题。美国当时正经历一个大规模的自发的开发西部边疆荒漠地区的运动。几乎所有的移民都是非法占有土地或非法开矿。他们的行为不受注册资格或契约的限制，也没有现成的法律和社会秩序，大部分经济活动都是在现有的法律框架之外展开。显然，这种基层民众普遍的非非法活动，或在法律框架之外的活动，同旧社会历史上已经形成的法律框架有相当大的冲突。正如 de Soto 的分析，“法律必须变革以适应大多数人的经济和社会需要。逐渐地，西方社会开始承认自发产生并存在于官方法律之外的社会合约其实是法律的源泉，也找到了将这些合约吸收到正规的法律框架中去的方法。”<sup>10</sup>

美国法律的基础是英国的普通法。但当时千变万化的美国社会状况与相对稳定的英国社会相差太大。普通法或判例法可以保护既有土地所有者不受非法占有者的侵犯，因为现有土地所有权是清晰的。可是，在大量移民进入新大陆拓荒的情况下，大家都没有明确的地契，甚至连拓荒地区的边界在那里也不明确。当时的法律缺少有效办法处理通过霸占得来的土地的转让及可疑地契等问题。偏偏这类非法或在现有法律框架外的土地占有及转让形式在当时盛行。

如何使美国大多数人正在行使的权利合法化？这种情况很像中国目前经济发展的状况。大量的农村劳动力及土地开发商进入产权地契还没有明确的城市边缘地区。严格说，他们占用的土地应该属于国家或集体，但现存的法律并不适合处理这类纠纷。从概念说，这里的情况与企业家原罪问题没有什么区别。企业家采用不太正规的，超出现有法律框架外的手段获得国有或公共资产，并为自己及社会创造新价值。如果有争议，如何处置？

我们来看看美国的经验。在美国西部开发的早期，现有的地主曾经试图重申他们过去的土地所有权，结果引起大量新移民土地占有者的强烈反抗，并引发骚乱。

一旦新移民成为大多数，新的法律得以通过，承认了新移民占用土地的既成事实具有合法性。这种将非法转移或占用的财富合法化的法律机制，是一种叫优先购买权（pre-emption）的创新概念。通过允许土地占有者以一个适当的价格优先购买他自己已经改良过的土地，从而使既成事实的土地霸占行为合法化<sup>11</sup>。

---

<sup>9</sup> 这里有关美国处理原罪的历史经验主要参考秘鲁经济学家 Hernando de Soto 所著《资本的秘 密》的第五章“遗忘的美国历史”。

<sup>10</sup> 参考以上引用 de Soto 所著 第 106 页。

<sup>11</sup> 参考以上引用 de Soto 所著 第 120 页。

将非法土地占有活动合法化后，西部各州的政府不仅在政治及法律上有了一个台阶下，还可以得到一笔以前得不到的收入，这不能不说是一种双赢结局。

非法土地占有者造成的冲突几乎演变成一场政治运动。美国政客们当时有三种选择：他们可以（1）阻止或不理睬这些非法（或在现存法律框架之外的）行为；（2）勉强地做些让步；或（3）积极拥护这些法外活动的权利<sup>12</sup>。美国国会选择了第二及第三，逐渐消除分歧，缓解了因传统土地法与现实差距太大而产生的冲突。最后，综合整理成一部完整一致的产权法体系。这个产权法体系成为美国成文法中有关平等的两个伟大原则的基础：（1）占有者拥有改良他们占有的土地的权利；（2）定居者对其私人拥有土地的所有权将得到保障，条件是在七年内其所有权不受任何挑战，或者只要在这期间付了税，不管当时的所有权是如何的不清楚，就可以有清楚的所有权证书。

其实，“美国政客们花了很长的时间才醒悟过来，在官方法律外，超出现存法律框架之外的社会产权合约已经得到普遍发展，并且已成为国家产权体系的核心。为了建立全面的能够在全国范围内执行的法律体系，他们必须与时俱进，向那些正在界定产权、使用产权和分配产权的人民学习<sup>13</sup>。”例如，对于在国有土地非法采矿的案例，美国 1866 年制定的个人采矿合法化的矿业法，明确主张法律应该保护和鼓励资产增值的行为。<sup>14</sup>

总而言之，超出现存法律框架之外的产权的认可和整合是美国成为重要市场经济国家和世界主要的资本创造国家的关键因素<sup>15</sup>。美国过去的经历与现在的第三世界国家和经济转轨国家很相似。官方的法律明显跟不上社会的发展与变化。按传统法律，政府已经无法控制社会发展中衍生的超出现行法律框架的新事物和现象。制定的法律必须反映人民的需要，才能得到服从。经过千辛万苦，美国立法者和法理学家将法律之外的产权整合成一部正规的产权法律体系，他们实质上创造了更有利于生产力发展和市场经济有效运作的制度体系<sup>16</sup>。

直到今天，原罪问题在美国仍然存在，解决原罪的办法也在更新。美国有一种“认罪从宽协议”（plea bargaining）的法律处理办法：被告与法官讨价还价，尽早认罪，但接受较轻的处罚，并要求了结过去的罪行。这种办法财政上较有效率，因为需要大量的财政资源去调查与判定原罪的程度。当然，这种处理方法本身也可能出现腐败，需要较高的透明度及法官的专业精神。例如，最近在调查证券分析师在 2000 年科技股泡沫后暴露的不正当市场行为时，美国法庭对涉案的十家大型投资银行就处以 14 亿美元的罚款。虽然这些投资银行在法律上不承认其责任，但是他们却愿意为过去的不正当行为付出代价。这种法律机制，能够妥善解决社会发展过程中不可预见的一些产权争端。

---

<sup>12</sup> 参考以上引用 de Soto 所著 第 130 页。

<sup>13</sup> 参考以上引用 de Soto 所著 第 126 页。

<sup>14</sup> 参考以上引用 de Soto 所著 第 146 页。

<sup>15</sup> 参考以上引用 de Soto 所著 第 148 页。

<sup>16</sup> 参考以上引用 de Soto 所著 第 150 页。

美国及亚洲国家的经验也表明如果腐败和市场不正当行为等原罪问题不解决，有原罪的富裕阶层会通过插手政治，使自己的过去合法化。暴富阶层的联盟会从后门融入政治集团，以便达到“利益集团控制监管”的目的。这就是导致亚洲金融危机的其中一个原因：不健康的“裙带资本主义”。

de Soto 总结得非常好：“今天，发展中国家和前社会主义国家的产权法律往往与大多数人民的生活与工作问题无关，如果法律系统排除了 80% 人的需求，法律如何得到其合法性？矫正法律失灵是巨大的挑战。美国的经验表明，建立有效的法律体系需要做三件事情：我们要知道真实社会的财产合约；将它们整合成法律体系；精心构思政治策略让改革成为可能。”<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> 参考以上引用 de Soto 所著 第 151 页。